

本問は、傷害致死罪、監禁罪、保護責任者遺棄罪、窃盗罪等の成否について、問題文から正確に分析すること、さらには共同正犯、因果関係等の総論の重要論点に理解を問う問題である。

X・Yは共同してAを監禁し、Aに暴行を加えて全治7週間の傷害を負わせていることから、Aに対する監禁罪及び傷害罪の共同正犯が成立する。Zについては、X・Yとの監禁の共同実行はしているので監禁罪の共同正犯が成立する。さらに、X・YのAに対する暴行をZが見守っていた事実について、X・Y・ZにはAに攻撃を加えることについて事前共謀が成立していると考えられるので、Zも自己の犯罪としてXらの暴行を利用していると考えられ、Zには傷害罪の共謀共同正犯が成立する。

また、12月の深夜に着衣を脱がせてAを放置したことについて、不作為の殺人罪または保護責任者遺棄罪の成否も問題となる。XらにはAに対する未必の殺意が認められれば不作為の殺人の成立も考えられるが、殺意を認定できないとすれば、保護責任者遺棄罪の成否が問題となる。Xらは暴行による先行行為からAに対する保護義務が生じており、病者を遺棄していることから保護責任者遺棄罪の成立は可能である。ただし、傷害（致死）罪が成立する場合には、保護責任者遺棄罪は包括一罪と処理される。

その後、Aは医師の指示に従わず行動したために死亡していることから、Aの死の結果をXらの暴行行為に帰責できるか、因果関係が問題となる。救急搬送されてAが救命されたとはいえ、Xらの暴行はAに脳挫傷・肋骨骨折等全治7週間の傷害を負わせる危険な行為である。Aが不適切な行動をとることも予測できない事情ではない。因果関係について危険の現実化説に従った場合、Xらの頭部等への暴行行為は脳挫傷をもたらす脳動脈瘤破裂という死因について大きな影響力をもち、A自身の不適切な行動が介在したとしても、当初の暴行の危険性が結果へと実現したといえる。相当因果関係説に立てば、XはAに脳動脈瘤があることについては認識していないが頭部に不調を抱えていたことは認識していたので、脳挫傷を負わせるような頭部への殴打を加えれば頭部の疾患が発生することは予測しうるのであって、Aの不適切な行動もXの執拗な性格を恐れた故の行動であって、Xの当初の暴行行為から誘発された予測可能な事態でもあり、相当因果関係を認めることは可能であろう。したがって、X・Zには傷害致死罪の共同正犯が成立する。監禁罪と傷害致死罪は併合罪となる。

なお、ZがXらの暴行をやめるように促してはいるが、Aに対する暴行の共謀から離脱する意思表示をしているわけではないので、共同正犯からの離脱は問題とはならない。

ZがAの衣服を多摩川に投げ入れた行為、5万円を奪った行為について、窃盗罪の成否が問題となる。5万円を奪った行為については、5万円はAの占有下にあり不法領得の意思も認められるため、窃盗罪が成立するが、衣服を廃棄した行為については、自己の犯罪を隠滅するために行っていることから、利用処分意思がなく不法領得の意思は認められず、器物損壊罪が成立するにとどまる。Zについては、監禁罪、傷害致死罪、のほか、窃盗罪、器物損壊罪が成立し併合罪となる。

[設問](1)は、「知る権利」の憲法上の位置づけについて説明を求めている。「知る権利」を憲法 21 条 1 項が保障する表現の自由で根拠づけるとすると、「知る」権利は「表現」の自由ではないように見える。しかし、たとえば、国際人権規約は、「表現の自由」は「あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む」としている(19 条)。つまり、「表現の自由」は、情報の収集－受領－伝達のすべてに及ぶことになる。情報化の進んだ現代社会において、「表現の自由」を一般国民の側から再構成し、表現の受け手の自由（聞く自由、読む自由、視る自由）を保障するためにそれを『表現の自由』と捉えることが必要になってきた」のである。ただし、「知る権利」としての情報公開請求権が具体的請求権となるためには、情報公開法等の制定が必要であると解されている。

[設問](2)は、最大決 1969(昭 44)年 11 月 26 日が、「取材の自由」につき、①憲法上どのように位置づけたか、そして、②公正な裁判の実現との関係についてどのように述べたかを述べ、それらについて論じることを求めている。①につき、同最大決の「取材の自由」の位置づけを述べ、それを批判的に検討することもできようし、②につき、公正な裁判の実現との関係での裁判所による取材フィルムの提出命令の場合と捜査機関による押収の場合とを区別して論じることなどもできよう。

〔設問1〕

株式の譲渡制限自由の原則の理解を問うものである。

株主（間接）有限責任の原則のため、出資の払戻しが制限されていることから（財産的基盤の確保）、株主に投下資本の回収の保障し、広く出資を呼び込めるよう、原則として株式の自由譲渡が認められている。

〔設問2〕

本設問は、譲渡等承認請求の撤回を問うものである。

P社の発行する株式の譲渡については、定款により会社の承認を要することが定められている。会社法では、このような株式を「譲渡制限株式」という。したがって、譲渡制限株式の譲渡については、取締役会（取締役会設置会社）の承認が必要となる。会社法は、このような譲渡制限株式の発行を認めるが、それと同時に、譲渡制限株式においても、株主の投下資本回収を保証する。

例えば、本設例のように、譲渡制限株式の株主Cが、その持株をAに譲渡したいと希望するときは、CまたはAは、会社（P社）に対してその譲渡の承認を求め、さらに会社（P社）が譲渡を承認しない場合にはその株式の会社（P社）による買取り、または指定買取り（先買権者ともいう）による買取りを求めることができる（以下「譲渡等承認請求」という）。なお、この譲渡等承認請求は、譲渡人（C）および譲受人（A）（以下「譲渡等承認請求権者」という）が行うことができる。ただし、譲受人（A）が行う場合、譲渡人（株主名簿の名義人。C）と共同で行う必要があるとされているが、株券発行会社においては、株券を提示すれば、この請求を行うことはできる（本設例では、この点については、詳細な事実が明らかにされていない）。

会社（P社）は、Aから譲渡等承認請求を受けた場合（Cと共同で）、譲渡等の承認の決定し、譲渡等承認請求権者（A）に通知しなければならない。

さらに、本設例のとおり、会社（P社）が買取る旨を決定した場合、所定の事項を通知（以下「買取りの通知」という）しなければならない。買取りの通知（以下「買取り通知」という）がなされた後、譲渡等承認請求権者（A）は、会社（P社）の承諾がないと、譲渡等の請求を撤回できない。これは、通知者が買取り通知時点で資金手当て等を済ましているから、通知者の承諾が必要と解されている。

また、通説は、この買取り通知を形成権と解し、会社（P社）からの一方的な買取り通知により、売買契約が成立すると解している。すなわち、譲渡等承認請求権者（A）による譲渡等承認請求が売買契約の申込み、P社による買取り通知が、それに対する承諾と解せることから、会社（P社）の同意がなければ、撤回はできない。

〔設問3〕

本設問は、①譲渡等承認請求権の決定等の通知の意義、ならびに②取締役会の運営、およびその運営に瑕疵があった場合における取締役会決議の効力を問うものである。

会社法は、定款で定めれば、議決に加わることができる取締役会全員が書面により議案である提案に同意する意思表示をした場合には、その提案を可決した取締役会決議があったものとみなすこととし、取締役会開催の省略を認めている。本設例では、本件取締役会がどのように開催されたかは明らかにされていないが、仮に、定款の規定に従い、本件株式取得が書面により承認されていたとすれば、取締役会の一人が「留保する」旨を記載していることから、本件取締役会決議には法律違反、すなわち瑕疵があり、その決議は無効となる。したがって、Aの譲渡等承認を認めず、P社の本件株式を買い取る旨の通知は、取締役会決議のない通知となり、無効となる。

また、会社は、譲渡等承認請求に対し、当該請求の日から2週間以内に承認等について通知しない場合、譲渡が承認されたものとされる。

以上から、Aは、本件株式取得が承認されたことを理由に、P社に対し、名義書換を請求できる。

I.

この事例においては、取得時効による不動産所有権を取得した場合に、第三者に対し、自らの所有権を主張するときに対抗要件である登記は必要かどうかの問題となっている。

設問(1)は、時効取得者は時効完成前の第三者に対し所有権を主張するには登記が必要かを問う問題である。判例によれば、時効取得者と原所有者、時効完成前に登場した第三者との関係がいずれも第三者関係ではなく当事者関係であり、時効取得者は登記なくても自らの所有権取得を主張することができる。本問においては、Xの取得時効が完成する前にCが甲不動産を買い受けたため、XとCの関係は当事者関係であり、Xが登記なくてもCに対して甲不動産の所有権を主張できる。従って、XはYに対して、甲不動産を引き渡す必要がない。なお、BがAの相続人であり、Xとの関係が当事者関係であること、時効の起算点はXが占有を開始した時点で確定されることについて、論じなくても減点しない。

設問(2)は、時効完成後に登場した第三者が登記移転を行ったあと、再び取得時効が完成した場合に時効取得者が自らの所有権を主張するには登記が必要かを問う問題である。判例によれば、時効取得者と時効完成後の第三者との関係が第三者関係であり、対抗要件である登記がなければ、時効取得者は自らの所有権を主張できない。また、第三者が登記移転を行ったあと、再び時効完成した場合に時効取得者と第三者が当事者関係となり、時効取得者は登記なくても自らの所有権を主張できる。本問においては、Xの時効完成後にCは甲不動産を買い受け、登記移転を行ったが、その後、再び時効完成したため、XとCの関係が当事者関係となるため、Xは登記なくてもCに対し自らの所有権を主張することができる。従って、XはYに対して甲の所有権移転手続を求めることができる。

II.

本問は、請負契約の仕事の目的物に「不具合」がある場合の処理という事案を通じて、民法に関する体系的な理解や基礎的な知識がどの程度定着しているのかを測るとともに、発展的な判例〈最判平成9年2月14日民集51巻2号337頁〔民法判例百選Ⅱ70事件〕〉までをフォローできているか、あるいは、判例自体を知らなくとも、基本的な知識を活用して、一定の答案を書き上げることができる力が備わっているかを確認する目的で出題した。

(1)では、「不具合」に基づく損害賠償請求の可否を問うた。わざわざ根拠法条を明確にするよう注記したのは、415条に行き着くまでの説明も求める趣旨である。具体的には、559条（売買の規定を有償契約である請負契約にも準用できる）→562条以下（売主の契約不適合責任を請負人の契約不適合責任として読み替える）→564条（損害賠償については415条に従う）という道筋を説明した上で、415条の成立要件を満たすか否かを、問題文に即して検討することが望まれる。

ところが、いくつかの答案は415条だけを論じたり、また、別のいくつかの答案は、636条の反対解釈によって損害賠償請求権を導き出した（そのようなアイデア自体は、条文解釈の力があるという点で悪くはなかったが、本問に必要な基礎知識の欠如は否めない）。民法改正により、売主の瑕疵担保責任が契約不適合責任に変更されたことは知っているであろうから、そこからさらに理論的な背景にも関心を払ってもらいたい。民法改正前は、改正前634条2項に基づいて損害賠償請求権が認められていたが、その条文がなぜ見当たらないのか、そもそも、売主の契約不適合責任という制度は「契約責任説」と言われる立場に基づいていることや、改正前民法における売主の担保責任と請負人の担保責任との異同についての理解がされていれば、改正によって請負人の担保責任に関する条文がいくつも削除されてしまったことの意味はわかるはずである。受験者が改正前から民法の勉強をしているのであれば、改正ポイントをフォローしてほしいし、改正後から民法の勉強を始めたとしても、現行法がどのようにして形になったのかということに興味を持ってもらおうと良いであろう。

(2) は、冒頭で掲げた平成9年の最高裁判例をベースにしている。ただ、あらゆる判例を知っているよう要求するつもりは毛頭ない。その判例を知っていなくても、同時履行や相殺といったキーワードが思い浮かべば、条文を読み、要件を書き並べ、さらには問題となっている事案を分析して、試験時間中に一定の答案を作成できる力を備えてほしい。

そのような意味では、請負契約における「仕事の完成」と「報酬支払い」の関係そのものに立ち返って論じた答案は、悪くはない。すなわち、633条で「後払い」が原則とされていることを理由に、不具合がある以上、仕事は完成していないとし、したがって、報酬請求権は未だ履行期を迎えていない、という立論である。ただ、これはあくまでも原則の話であって、633条は強行規定ではないから、当事者の合意で「前払い」とすることは可能である。実際、本問では、4回の分割払いとされており、その第4回目も、「引渡し後1週間」が履行期であることが明示されている。したがって、履行期は到来しているが、533条（とりわけカッコ書き参照）に基づき、履行しなくても違法とは言えない状態であるという説明が適切である。その上で、600万円と1500万円のアンバランスについて、同時履行の抗弁の意義や、報酬支払いを受けることができない請負人の不利益を考慮して、さらに論じることができると望ましいであろう。

相殺を論じる際も、報酬債権の弁済期が到来しているか否かが問題となるであろう。そこに同時履行の問題がどう絡んでくるのかという点についても、改めて考えてもらいたい。

以上